

1 Violar manifestamente norma jurídica

1.1 Da violação de literal disposição de lei à violação de norma jurídica

O art. 485, V, do código de 1973 afirmava que a decisão de mérito podia ser rescindida em caso de violação de “*literal disposição de lei*”. A norma correspondente do Código de Processo Civil de 2015 — art. 966, V — diz que a decisão de mérito pode ser rescindida quando “violou manifestamente *norma jurídica*”.

Salta aos olhos da comparação entre os dois artigos a relação entre “literal disposição de lei” e “norma jurídica”. Seria possível imaginar que o legislador aludiu a “norma jurídica” para evidenciar que a ação rescisória não é cabível apenas em caso de violação de lei, mas também na hipótese de violação de princípio ou de norma consuetudinária. Essa ideia não é apenas simplista, mas antes de tudo reducionista da complexidade de uma questão teórica da mais alta importância.

A comparação entre “literal disposição de lei” e “norma jurídica” permite uma íntima relação da norma do inciso V do art. 966 com a evolução da teoria da interpretação. Seria muito improdutivo, em termos de aperfeiçoamento do direito, alterar a legislação processual sem libertá-la de teorias jurídicas ultrapassadas, mantendo-a refém de conceitos que não mais devem ser utilizados. A ideia de “violação de literal disposição de lei” é própria a uma cultura jurídica que já não mais existe, ou melhor, a uma teoria da interpretação que há muito se mostrou incapaz de dar conta da realidade da atividade do intérprete e do juiz.

Exatamente por isso, ler o inciso V do art. 966 como se apenas houvesse trocado disposição de lei por norma jurídica — ou estivesse falando de lei em sentido mais amplo — é deixar de identificar um problema teórico que nunca permitiu o uso adequado

da ação rescisória e, mais do que isso, não contribuir para o desenvolvimento do direito.

1.2 Violação a literal disposição de lei como fenômeno típico do “formalismo interpretativo”

A teoria formalista da interpretação — também chamada cognitiva — tem sustentação nos princípios do Estado legislativo, em que a tarefa do juiz submetia-se à do legislador. Para essa teoria, a interpretação, enquanto atividade, tem natureza cognitiva. Investiga-se para descrever. O juiz, ao interpretar, investiga o significado do texto legal e então o descreve.¹

Entende-se que a “norma jurídica” está implícita no texto legal. O juiz interpreta para afirmar o que está gravado no texto. Esse tipo de interpretação tem ao seu lado as ideias de completude e coerência do Direito. Portanto, o juiz não atua com qualquer discricionariedade. Ao decidir, *sempre está preso a uma norma preexistente*. De modo que a interpretação, enquanto produto, é um mero enunciado descritivo, sujeito ao teste da verdade e falsidade; há apenas uma interpretação correta.²

Na teoria formalista a interpretação está presa à norma que está no texto legal. A decisão é inteiramente determinada pela lei para que os valores do Estado legislativo sejam observados. A estrita aplicação da lei é o sustentáculo da segurança jurídica. Na verdade, como adverte Jerzy Wróblewski, se a interpretação judicial está vinculada à lei, a decisão consegue ser tão estável e segura quanto ela, podendo-se dizer, até mesmo, que a lei é quem decide o caso concreto.³

Trata-se de posicionamento hermenêutico historicamente associado aos trabalhos da Escola da Exegese, desenvolvidos no século posterior à publicação do Código Civil francês. Nesse período,

* Professor titular da Universidade Federal do Paraná. Pós-doutorado na Università degli Studi di Milano. Visiting Scholar na Columbia University. Diretor do Instituto Iberoamericano de Direito Processual. Membro do Conselho da International Association of Procedural Law. Advogado.

¹ “Secondo la teoria che converremo di chiamare ‘cognitivistica’ — ma talora della ‘formalistica’ — la quale risale alle dottrine giuridiche dell’illuminismo, l’interpretazione (ivi inclusa quella giudiziale) è atto di scoperta o conoscenza del significato” (Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 409).

² Riccardo Guastini, A interpretação: objetos, conceitos, teorias. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 139 e ss.

³ Jerzy Wróblewski, Functions of law and legal certainty, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XVII, 1973-1974, p. 322 e ss.

motivados pela desconfiança em relação aos juízes⁴ e amparados na ideia de respeito à vontade histórica do legislador⁵, os exegetas contrariaram a orientação dos redatores do Código Civil francês⁶ e declararam que ao Judiciário caberia pronunciar as palavras da lei para dar solução aos casos.

Embora desacreditada, essa teoria ainda está presente no pensamento jurídico comum e no estilo da fundamentação das decisões judiciais. É realmente curioso o fascínio que a teoria formalista ainda exerce sobre os tribunais e alguns institutos. Adverte Riccardo Guastini que a teoria pode ser relacionada à própria corte de cassação.⁷ Sem dúvida, caso a função das

cortes supremas seja resumida à tutela do legislador ou da lei, a sua tarefa interpretativa encontrará lugar confortável dentro do modelo formalista. Não é demais lembrar, aliás, que muito embora hoje exista consciência teórica de que a função das cortes supremas de *civil law* só pode ser a de atribuir sentido ao direito, algumas cortes supremas de países de direito altamente desenvolvido — como por exemplo a Itália — ainda tentam exercer a função que foi concebida para a cassação por aqueles que a viam a partir da teoria formalista da interpretação⁸.

Assim, não deve haver surpresa ao se perceber que o pensamento jurídico ainda é povoado pela ideia de que o juiz pode “violiar literal disposição de lei”, como se a lei tivesse um conteúdo — a norma — que pudesse ser determinado ou como se a interpretação “correta” pudesse declará-lo. Note-se que só é possível pensar em violação de lei ou de disposição de lei quando se supõe que a lei contém a norma que deve ser aplicada pelo juiz. Quando se admite que a interpretação tem a função de declarar ou revelar a norma preexistente ao próprio conflito, a decisão judicial que invoca a lei, mas revela e aplica outra norma, logicamente viola a lei. Portanto, o mesmo motivo que admite que se diga que a decisão, diante do formalismo interpretativo, é sujeita ao teste da verdade e da falsidade, é o que permite afirmar que a decisão pode violar a lei. Há violação da lei quando a interpretação é falsa, porque destoante da norma que sempre esteve contida na lei.

1.3 A interpretação como valoração e atribuição de significado

O formalismo interpretativo foi deixado para trás quando se percebeu que o texto da lei não basta para determinar a decisão judicial. Demonstrou-se

⁴ A ideia está traduzida no parecer elaborado pelo Tribunal de Apelação Rouen, logo após a apresentação do projeto de código. Nesse documento, os juízes são chamados de flagelos destruidores da lei, que primeiro a debilitam, depois a minam pouco a pouco e finalmente usurpam os direitos: “Ces fléaux destructeurs de la loi, qui l’af faiblissent d’ahord, qui ensuite la minent insensiblement, et qui finissent par usurper ses droits, ne réparaitront que trop tôt. Malheur au temps où, comme par le passé, on cherchera moins ce que dit la loi que ce qu’on lui fait dire l où l’opinion d’un homme, que le temps seul aura accrédi tée, balancera l’aulorité de la loi! où une erreur hasardée par l’un , et successivement adoptée par les autres , devien dra la vérité! où une suite de préjugés recueillis par des compilateurs aveugles ou serviles, violentera la conscience du juge , et étouffera la voix du législateur!” (Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome Cinquième, Paris: Videcoq, 1836, p. 456).

⁵ O respeito à vontade histórica do legislador está em Montesquieu. Em sua obra, como forma de impedir os desmandos de uma magistratura corrompida e fortemente ligada ao Antigo Regime, Montesquieu busca o direito em fatores puramente objetivos, nos quais o espaço de atuação dos juízes fica propositalmente reduzido. Ver Norberto Bobbio, *Lições de Filosofia do Direito*, trad. Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos Rodrigues, São Paulo: Icone, 1995, p. 95 e ss; Luiz Guilherme Marinoni, *Curso de Processo Civil: teoria geral do processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 26 e ss; Chaïm Perelman, *Lógica jurídica: nova retórica*, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 32.

⁶ No célebre discurso proferido na apresentação do projeto de Código ao Conselho de Estado, Portalis afirmou expressamente a impossibilidade de se prever em um texto legal todas as hipóteses que seriam levadas a juízo: “*Tout simplifier est une opération sui laquelle on a besoin de s’entendre. Tout prévoir est un but qu’il est impossible d’atteindre. Il ne faut point de lois inutiles; elles affaibliraient les lois nécessaires; elles compromettraient la certitude et la majesté de la législation. Mais un grand État comme la France, qui est à la fois agricole et commerçant, qui renferme tant de professions différentes, et qui offre tant de genres divers d’industrie, ne saurait comporter des lois aussi simples que celles d’une société pauvre ou plus réduite.* (Jean-Étienne-Marie Portalis, *Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la comission du gouvernement*, In: Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome Premier, Paris: Videcoq, 1836, p. 467).

⁷ Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 410; Francesco Viola e Giuseppe Zaccaria, *Diritto e interpretazione: Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma: Laterza, 1999, p. 321 e ss.

⁸ “A função das Cortes de Cassação de *civil law* foram definidas, como não poderia deixar de ser, a partir de valores e pressupostos teóricos de um determinado momento histórico. A formação positivista e cognitivista de Calamandrei [autor da mais célebre obra sobre a Corte de Cassação produzida no século XX] tem íntima ligação com a ideia de ‘uniformidade’ como meio de controle da ‘exata interpretação da lei’. Ocorre que o pressuposto teórico que determinou a ideia de que a Corte Suprema se destina a controlar a ‘exata interpretação da lei’ foi completamente desgastado com o passar do tempo. Tal pressuposto está assentado na teoria formalista ou cognitiva da interpretação, que, por sua vez, é informada pelos valores do Estado legislativo” (Luiz Guilherme Marinoni, El precedente interpretativo como respuesta a la transformación del *civil law*: la contribución de Taruffo, Conferência proferida na Universidade de Girona, Espanha, por ocasião do Congresso em Homenagem a Michele Taruffo).

que o texto legal não tem um sentido próprio, *em si*, que possa ser visto como antecedente à atividade interpretativa. O texto é sempre equívoco, podendo requerer mais ou menos esforço do intérprete para uma atribuição de significado⁹.

Restou claro que para se chegar ao sentido da lei é necessária uma atividade regida por critérios ou diretivas que, não só quando eleitos pelo intérprete, mas também quando utilizados, impescindem de juízos de valor.¹⁰ A atividade interpretativa é permeada de valorações não apenas na eleição, mas também na aplicação das diretivas de interpretação. Assim, a interpretação obviamente não é mera investigação, mas valoração. Por outro lado, o intérprete, nesta dimensão, opta racionalmente entre um dos resultados interpretativos possíveis, de modo que a interpretação-resultado, ao invés de ser declaração, é atribuição de sentido à lei.

A interpretação capaz de atribuir sentido ao direito obviamente não é uma operação meramente lógica, nada obstante a lógica seja importante para aferição da correção da justificação interna da decisão. As diretivas interpretativas não constituem regras lógicas, mas critérios eleitos e preenchidos a partir de opções e valorações. A decisão não é determinada pela fórmula legislativa, mas é fruto da valoração e da vontade racionalmente justificada do juiz¹¹.

A percepção de que a decisão judicial não pode ser moldada a partir da lei apenas mediante raciocínio lógico põe às claras que o número de decisões que legitimamente podem ser extraídas de um mesmo texto normativo é diretamente proporcional ao grau da sua equivocidade. Frise-se que a equivocidade dos textos normativos não depende somente de defeitos objetivos de sua formulação, mas sobretudo da multiplicidade dos critérios interpretativos, da compreensão da dogmática jurídica e dos sentimentos de justiça dos intérpretes — que algumas vezes restam ocultos e, em outras, manifestam-se mediante explícitos juízos de valor¹².

Isso tem relação direta não apenas com a ação rescisória contra decisão que viola literal disposição de lei, mas também com o pragmatismo da Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal — que ditou a inviabilidade da ação rescisória no caso em que há várias interpretações sobre o mesmo dispositivo legal nos tribunais¹³.

1.4 A preservação da lei dita inconstitucional como primeiro estímulo à dissociação entre texto e norma

De qualquer forma, a construção da distinção entre texto e norma, embora tenha partido da ideia de que o raciocínio do intérprete não é determinado exclusivamente pela lógica nem é neutro, constituiu um claro processo de evolução histórica. É possível dizer que a elaboração teórica que foi delineada pela escola genovesa — que tem hoje em Guastini o seu maior expoente —, teve origem em uma questão prática, surgida na Itália à época em que a Corte Constitucional — projetada no pós-guerra — iniciou os seus trabalhos.

Quando a Corte Constitucional italiana efetivamente começou a funcionar — depois de

⁹ Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 415 e ss.

¹⁰ Jerzy Wróblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid: Civitas, 2001, pp. 62-65.

¹¹ Note-se que, na linha da teoria de Wróblewski, a interpretação que exige a consideração do significado da Constituição requer, mais do que em outro lugar, que o intérprete opte entre uma ideologia da interpretação jurídica que pode ser definida como estática e outra ligada à adaptação do direito às necessidades presentes e futuras da sociedade. A adoção de uma ou outra postura tem relação de causa e efeito com a eleição das diretivas de primeiro grau — linguísticas, sistêmicas e funcionais — e com a utilização das diretivas de segundo grau — procedimentais e de preferência —, voltadas a definir o modo de aplicação e a prevalência das diretivas de primeiro grau. É claro que o intérprete que adere à ideologia estática da interpretação dá ênfase às diretivas linguísticas e sistêmicas em detrimento das funcionais e, quando aplica uma diretiva funcional, apegando-se à vontade do “legislador histórico”. Por outro lado, se o intérprete é adepto da ideologia da interpretação que procura adaptar o texto à realidade social que lhe é contemporânea, prefere as diretivas funcionais em relação às linguísticas e sistêmicas, e, quando aplica as funcionais, elege a diretiva que frisa a vontade ou as valorações do intérprete. *Há aí nítido e claro emprego de juízo de valor para a eleição das diretivas de interpretação, tanto de primeiro quanto de segundo grau. Ademais, quando o intérprete elege diretiva funcional que reclama a sua “vontade”, lhe é aberta a possibilidade de valorar os elementos*

da vida em sociedade em várias perspectivas — moral, política, econômica etc. —, tendo as suas escolhas, mais uma vez, natureza que confere à interpretação-resultado um conteúdo que, além de obviamente não declarado, não é descoberto ou meramente extraído do direito. (Jerzy Wróblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., pp. 72-78).

¹² Riccardo Guastini, *Disposizione vs. norma*, *Giurisprudenza costituzionale*, 1989, pp. 3-14; Pierluigi Chiassoni, *Disposición y norma: una distinción revolucionaria*, *Disposición. vs norma*, Lima: Palestra, 2011, p. 14 e ss.

¹³ A Súmula 343-STF diz que não cabe “ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

um atraso de quase dez anos devido às suspeitas em relação ao *judicial review* —, um dos primeiros problemas que teve que resolver foi o da identificação do objeto do juízo de inconstitucionalidade¹⁴. A Corte não queria, na medida do possível, confrontar diretamente os elaboradores da lei e aqueles que a aplicaram e ainda a aplicavam — especialmente a Corte de Cassação. Percebeu-se que a preservação do texto legal, mediante a nulificação da interpretação dele decorrente, seria “politicamente” mais conveniente. Assim, passou-se a sustentar que o objeto do juízo de inconstitucionalidade não é o texto da lei, porém a norma por ele expressa.

É interessante lembrar que, na época em que surgiu a discussão no âmbito da Corte Constitucional, nem todos os juristas manifestaram-se a favor da preservação da lei mediante a declaração de inconstitucionalidade da interpretação. Luigi Montesano, por exemplo, ao escrever “*Norma e formula legislativa nel giudizio costituzionale*”, apresentou uma tese reducionista e extremamente rigorosa do controle de constitucionalidade, segundo a qual o texto legal que abre oportunidade a interpretações não conformes à Constituição não tem como não ser declarado inconstitucional.¹⁵

Posições como a de Montesano não prevaleceram. A Corte Constitucional, no final dos anos cinquenta do

século passado, já trabalhava com as ditas sentenças interpretativas de acolhimento, declarando a inconstitucionalidade de determinadas interpretações do texto legal. A partir daí foi introduzida na Corte uma separação estrutural entre texto e norma que trouxe dois benefícios bastante significativos. Permitiu-se a declaração de inconstitucionalidade de norma ou interpretação, preservando-se o texto legal respectivo, e favoreceu-se a prática da interpretação de adequação do sentido do texto legal à Constituição.¹⁶

A influência da discussão surgida na Corte Constitucional sobre o trabalho teórico pode ser facilmente identificada quando se vê que um dos primeiros e principais trabalhos acerca da importância da dissociação entre dispositivo legal e norma foi escrito por Vezio Crisafulli, discípulo de Santi Romano, que se tornou um dos mais importantes constitucionalistas italianos do século XX e em 1968 foi nomeado membro da Corte Constitucional. O trabalho de Crisafulli foi publicado poucos anos depois do surgimento do problema no seio da Corte Constitucional e poucos anos antes do seu ingresso na Corte.¹⁷ Em essência, concluiu Crisafulli que a relação disposição/norma não é de correspondência biunívoca, tal e como se sugere mediante o postulado da “norma verdadeira”. Para demonstrar a sua tese, argumentou i) que existem disposições “complexas”, que contêm proposições “inseparáveis” de que podem derivar duas ou mais normas; ii) que há disposições equívocas, que expressam “normas hipotéticas”, ou seja, duas ou mais normas alternativamente; e iii) que cabe distinguir a “disposição-norma” da “norma-ordenamento” (ou norma “vivente”), sendo a primeira o significado “originário” e literal de uma disposição, identificado mediante uma interpretação centrada sobre a disposição isoladamente considerada, e a segunda o significado atual da disposição, à luz do inteiro sistema normativo, em sua abstrata objetividade, e também, em certa medida, na efetividade da sua concreta realização.¹⁸

¹⁴ Pierluigi Chiassoni, *Disposición y norma: una distinción revolucionaria. Disposición. vs norma*. Lima: Palestra, 2011, p. 8.

¹⁵ Montesano concluiu dizendo que o sistema que procurou delinear significa, em termos práticos, que a Corte, quando nega a inconstitucionalidade, porém ao mesmo tempo revisa a fórmula legislativa em busca de aplicações contrárias à Constituição, não pode obrigar o legislador a melhorar esta fórmula, nem tampouco obrigar os juízes a se absterem destas aplicações, mas deve considerar-se impotente para defender a Constituição deste perigo ou eliminá-lo de vez, declarando inconstitucional a lei equivocadamente formulada (Luigi Montesano, *Norma e formula legislativa nel giudizio costituzionale. Rivista di diritto processuale*, 1958, p. 539). Um ano antes da publicação do artigo de Montesano, Tullio Ascarelli publicou trabalho - que contribuiu para o desenvolvimento teórico da dissociação entre disposição e norma - em sentido diametralmente oposto: “Quando analisa a constitucionalidade de uma lei, o juiz constitucional se depara sempre com um texto que deve interpretar e que é equívoco. A univocidade pode ser apenas das aplicações concretizadas e não pode referir-se ao texto em função do qual se quer estabelecer a norma objeto da análise. Qualquer texto pode dar lugar a interpretações divergentes e, portanto, à formulação de normas distintas. Uma dessas poderá ser inconstitucional, diversamente de outras” (Tullio Ascarelli, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione. Rivista di diritto processuale*, 1957, pp. 356-357).

¹⁶ Pierluigi Chiassoni, *Disposición y norma: una distinción revolucionaria. Disposición. vs norma*. Lima: Palestra, 2011, pp. 8-9.

¹⁷ Vezio Crisafulli, *Disposizione (e norma). Enciclopedia del diritto*, 1964.

¹⁸ Pierluigi Chiassoni, *Disposición y norma: una distinción revolucionaria. Disposición. vs norma*, cit., pp. 12-13.

1.5 A dissociação entre texto e norma na teoria do direito

Como visto, ao contrário do que sustenta o formalismo teórico, inexistente significado unívoco intrínseco ao texto legal. Bem por isso descabe pensar em simplesmente investigar para declarar a norma. Não há uma relação de sinonímia entre o texto legal e o resultado obtido com a atividade interpretativa.¹⁹ De modo que é totalmente equivocado pensar que a tarefa da interpretação é reproduzir a norma contida na lei.²⁰

Não obstante, costuma-se chamar o texto legal de norma e afirmar que o juiz decide mediante a declaração da lei ou da norma.²¹ Porém, se o texto legal é sempre equívoco, o juiz realmente sempre lhe atribui um significado. Esse não pode ser confundido

com o texto. A norma é exatamente o significado que o juiz atribui ao texto legal ao decidir.²²

Não é correto entender que tal dissociação exista apenas na chamada zona de penumbra ou diante de um caso difícil. Na zona de luz ou em face de um caso fácil a atribuição de significado é mais fácil ou requer menos meditação e esforço²³. Contudo, é óbvio que o juiz, ao se deparar com um “enunciado das fontes”, inevitavelmente lhe atribui significado ou sentido, independentemente da sua clareza. Na verdade, a atribuição de sentido é consequência imediata, natural e inevitável do contato de alguém com qualquer enunciado. A clareza só facilita a transposição da

¹⁹ O ponto remonta a Giovanni Tarello: “Sovente si dice e si scrive, impropriamente, che l’interprete ‘scopre’ il significato delle ‘norme’. In realtà né l’interprete ‘scopre’, né la sua attività ha per oggetto delle ‘norme’. Vediamo di chiarire, incominciando con ciò che si cela sotto il verbo ‘scoprire’ e passando poi ao sostantivo ‘norma’. (...) È chiaro perciò che il vocabolo ‘scoprire’, così come è usato nell’espressione ‘l’interprete scopre il significato di una norma’, è del tutto improprio, ed anzi è dannoso alla chiarezza, perchè occulta – riassumendole in una sola parola – tre attività diverse che possono essere presenti tutte, o possono non essere tutte presenti, nell’attività dell’interpretazione. Dobbiamo perciò correggere l’espressione corrente riformulandola così: ‘l’interprete rileva, o decide, o propone il significato di una norma, ovvero compie più d’una di queste attività’. Ma questa correzione non basta. Infatti anche il vocabolo ‘norma’ è ingannevole. L’interprete rileva, o decide, o propone il significato da attribuire a un documento, costituito da uno o più enunciati, di cui il significato non è affatto preconstituito all’attività dell’interprete, ma ne è anzi il risultato; prima dell’attività dell’interprete, del documento oggetto dell’interpretazione si sa solo che esprime una o più norme, non quale questa norma sia o quali queste norme siano: ‘norma’ significa semplicemente il significato che è stato dato, o viene deciso di dare, o viene proposto che si dia, a un documento che si ritiene sulla base di indizi formali esprima una qualche direttiva d’azione. L’espressione corrente deve perciò essere corretta, perchè non sia ambigua, così: ‘l’interprete rileva, o decide, o propone il significato di uno o più enunciati precettivi, rilevando, o decidendo, o proponendo che il diritto ha incluso, o include, o includerà una norma’” (Giovanni Tarello, *L’interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980, pp. 61, 63-64).

²⁰ V. Mario Jori e Anna Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*. Torino: Giappichelli, 1995. p. 205 e ss; Enrico Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino: Giappichelli, 1999. p. 200 e ss; Rodolfo Sacco, *Interpretazione del diritto. Dato oggettivo e spirito dell’interprete*. *Diritto, giustizia e interpretazione*. Roma/Bari: Laterza, 1998, p. 111 e ss.

²¹ Riccardo Guastini, *Se i giudici creino diritto. Istituzioni e dinamiche del diritto*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 395.

²² De acordo com Guastini, “l’operazione intellettuale che conduce dall’enunciato al significato – o, se si preferisce, l’operazione di identificazione del significato – altro non è che l’interpretazione. La *disposizione* è dunque l’*oggetto* dell’interpretazione, la *norma* è il suo *risultato*. O, detto altrimenti, ‘la disposizione è fonte della norma attraverso l’interpretazione’”. (Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., pp. 63-64).

²³ A ideia de zona de penumbra é ligada à teoria de Hart (Positivism and the Separation of Law and Morals, *Harvard Law Review*, v. 71, n. 4 (02/1958), pp. 593-629 e *The concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1993). Segundo Hart, em virtude da textura aberta dos textos legais, neles há sempre um núcleo iluminado ou uma zona de luz circundado por uma zona de penumbra. Nas palavras do autor, “There must be a core of settled meaning, but there will be, as well, a penumbra of debatable cases in which words are neither obviously applicable nor obviously ruled out. These cases will each have some features in common with the standard case; they will lack others or be accompanied by features not present in the standard case” (Positivism and Separation of Law and Morals, *Harvard Law Review*, v. 71, n. 4 (02/1958), p. 607). Somente os enunciados que estão na zona de penumbra reclamam valoração e decisão ou opção, ou melhor, uma atividade discricionária do intérprete. Aqueles que estão na zona de luz, ao contrário, são normas pré-definidas, que podem ser simplesmente descritas. Desse modo de ver as coisas deriva a divisão dos casos em fáceis e difíceis. Os casos fáceis são aqueles que se acomodam à zona de luz, que são resolvidos a partir de enunciados claros e que, por isso, não exigem opção – não ensejam mais de uma interpretação. Os difíceis são aqueles em que a aplicação do texto legal é controversa, que estão situados na zona de penumbra. São os que abrem oportunidade a várias interpretações, requerendo valoração e decisão (ou opção). O interessante é que a ideia de penumbra, na tese de Hart, tem como objetivo demonstrar a validade da teoria normativista. A objeção dos céticos, de que as normas legais nada mais são do que fórmulas de sentido vago e indeterminado e, assim, vazias e destituídas de significado enquanto possível objeto do conhecimento científico, é confrontada por Hart exatamente mediante o argumento de que as normas são dotadas de textura aberta e, assim, contam com uma zona de penumbra e uma zona de luz – em que a interpretação é uma descrição, a dar vigor a uma ciência de normas. Cf. Riccardo Guastini, “Trama aberta” – *Ciência Jurídica, Interpretação. Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 145. V. Herbert L. Hart, *The concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1993; Jerzy Wróblewski, *Transparency and doubt. Understanding and interpretation in pragmatics and in Law*. *Law and Philosophy*, 1988, p. 322 e ss; Genaro Carriò, *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1979.

linguagem das fontes para a linguagem do emissor. Assim, a distinção que deve ser feita não está na clareza ou dubiedade do texto, mas na distinção entre linguagem das fontes e linguagem do emissor ou do intérprete. A linguagem da fonte, ainda que seja clara, nunca será a linguagem do intérprete²⁴. Isso simplesmente porque o contato do intérprete ou do juiz com o texto legal — enunciado do discurso das fontes — transforma-o em enunciado do discurso do intérprete. Norma e lei são dois enunciados; apenas suas origens são diversas.

A velha e não bem refletida suposição de uma correspondência biunívoca entre disposição legal e resultado-interpretação não pode mais ser admitida para o bem do direito e da sua aplicação na vida das pessoas. Afinal, como diz Guastini, toda disposição legal é vaga e ambígua e, assim, tolera diversas e conflitantes atribuições de significado, de modo que a uma única disposição corresponde não somente uma norma, mas uma multiplicidade de normas, conforme as diversas interpretações possíveis.²⁵

1.6 A Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal como demonstração de que a decisão baseada em lei de que o Judiciário já extraiu várias normas jurídicas não pode ser objeto de ação rescisória: indagações daí decorrentes

Conforme demonstrado, a ideia de violação a “disposição de lei” supõe uma biunivocidade entre a disposição de lei e o produto da interpretação, como se o intérprete tivesse a função de revelar a norma contida na lei. Essa pretensa biunivocidade é característica do formalismo interpretativo, em que a interpretação consiste em descobrir e declarar a norma contida no texto legal. Perceba-se que nessa dimensão se pode falar em interpretação verdadeira e falsa e, assim, numa interpretação que viola disposição de lei.

Quando se passa a admitir que o texto legal abre oportunidade a várias interpretações, a depender de uma série de circunstâncias, torna-se não apenas equivocado, mas na verdade impossível, pensar em violação de disposição de lei. Tanto é que o Supremo Tribunal Federal, ao responder à indagação de se uma decisão viola disposição de lei, valeu-se de um conceito negativo, precisamente o de que não há violação de disposição de lei “quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais” (Súmula 343 – STF)²⁶.

Note-se que essa súmula, o ponto-chave encontrado para a solução da ação rescisória baseada em “violação a disposição de lei” não só constitui admissão de que o texto legal pode abrir oportunidade a várias interpretações, como também de que a violação de disposição de lei é a negação da “clara e tranquila” interpretação da lei. Isso demonstra que a súmula distinguiu o enunciado do discurso das fontes do enunciado do discurso do intérprete, dissociando disposição de lei ou texto de interpretação ou norma.

Assim, bem vistas as coisas, a súmula elaborou a ideia de que o juiz, ao chegar no resultado-interpretação, edita uma norma que não se confunde com o texto ou com o enunciado legislativo. Essa norma nada mais é do que o significado extraído do texto legal pelo juiz. Portanto, pode ser chamada de norma jurídica ou, caso se prefira tomar em conta o seu emissor, de norma judicial. Ora, se o texto ou a disposição de lei constitui linguagem da fonte e a norma é linguagem do intérprete, quando o intérprete é o juiz nada impede que à norma seja acrescido o qualificativo de judicial. Quando o juiz interpreta a lei o resultado sempre será uma “norma”. A linguagem da fonte não varia; a linguagem do intérprete é que passa a ter um intérprete-juiz.

Não há dúvida, dessa forma, inclusive em face da súmula 343-STF, que o problema da ação rescisória está ligado ao fato de que um mesmo texto legal pode

²⁴ “[...] la norma non è cosa ontologicamente diversa dalla disposizione: è semplicemente la disposizione *interpretata* e pertanto riformulata, o, da un altro punto di vista, un enunciato (interpretante) di cui l’interprete assume la sinonímia con l’enunciato interpretato (la disposizione)” (Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 65).

²⁵ “[...] molte disposizioni – quasi tutte le disposizioni, in verità – hanno un contenuto di significato complesso: esprimono non già una sola norma, bensì una molteplicità di norme congiunte. Ad un’unica disposizione possono dunque corrispondere più norme *congiuntamente*” (Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., pp. 65-66).

²⁶ Publicada nos anos sessenta do século passado, a Súmula sustenta-se no julgamento do recurso extraordinário 50.046. No caso, a Cooperativa Central dos Produtores de Leite, ré na ação rescisória, alegou que não teria havido violação à literalidade do art. 76 da Lei de Falências pelo fato de a decisão rescindenda ter adotado uma das interpretações possíveis acerca do dispositivo. Em seu voto, o Ministro Victor Nunes Leal afirmou que a adoção de uma das interpretações admitidas pela doutrina e pelos tribunais não poderia configurar ofensa à literalidade do dispositivo. (Leandro Rutano, *Ação Rescisória por violação à norma jurídica*, Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Paraná (UFPR). 2016)

dar origem a uma multiplicidade de normas jurídicas. Ora, quando isso ocorre não há como ver vício na decisão judicial e, assim, obviamente não há motivo para pensar na sua rescindibilidade.

Surgem, então, as questões que realmente interessam: *se a decisão rescindível – na perspectiva ora considerada – sempre é uma decisão interpretativa, quando essa decisão pode violar uma norma jurídica? Tendo em vista que podem existir múltiplas normas jurídicas editadas pelos juízes e pelos tribunais, é possível pensar numa norma jurídica produzida pelo Judiciário, que pode ser violada por uma decisão?*

1.7 A função das Cortes Supremas e a norma jurídica

Já se percebeu no *civil law* que, exatamente por não ser o juiz um mero aplicador da lei, essa não é suficiente para garantir a igualdade e a segurança jurídica. Se a lei abre oportunidade a uma multiplicidade de interpretações ou normas jurídicas e, assim, a decisões diferentes para casos similares, não há como não se preocupar com o problema da coerência do direito ou das decisões judiciais, elemento imprescindível para se ter igualdade perante o próprio direito.

É sabido que a função das Cortes Supremas da tradição do *civil law* era voltada à tutela do ordenamento jurídico. Lembre-se que Calamandrei escreveu a mais célebre obra sobre a história e a função da Corte de Cassação do século passado. Essa obra teve impacto sobre toda uma geração de processualistas e, portanto, sobre o modo como as Cortes Supremas eram vistas até bem pouco tempo e, em alguns lugares e por alguns, ainda são concebidas²⁷.

Embora o grande professor florentino tenha atentado para a necessidade de a Corte definir a interpretação que deve prevalecer no território nacional, raciocinou como se a Corte devesse fixar, a partir dos critérios interpretativos do formalismo, a interpretação que revela o “sentido exato da lei”. A unificação da interpretação do direito tinha o único

propósito de tutelar o direito objetivo, revelando a sua devida e única identidade²⁸.

A definição da interpretação que deve prevalecer, nessa linha, equivale à fixação da interpretação que efetivamente corresponde ao texto da lei. A tarefa da Cassação, embora voltada à uniformização da interpretação, também consistia em descobrir e declarar o sentido da lei. A uniformização, assim, ocorre para tutelar o legislador.

A pretensão de uniformização da interpretação da lei, em tal contexto, não pactua com a dissociação entre lei e norma e nem é aberta à lógica argumentativa, mas, ao revés, busca responder à concepção clássica de jurisdição — própria a Calamandrei²⁹ —, em que o juiz simplesmente aplica a lei ao caso concreto, incumbindo à cassação, por consequência, somente declarar “oficialmente a verdadeira”³⁰ interpretação da lei em nome da unidade do direito objetivo.

Como a jurisdição se limita a declarar a vontade concreta da lei não há motivo para falar em igualdade perante as decisões. Basta a unificação da interpretação para garantir a unidade do direito objetivo e, por mera consequência, a igualdade de todos perante a lei. Não há necessidade de ter precedentes obrigatórios, mas apenas um sistema que permita a correção das decisões destoantes da lei.

A despreocupação com a coerência do direito no âmbito do Judiciário é consequência da desgastada suposição de que os tribunais, inclusive os de vértice, estão limitados a procurar a interpretação que revela o sentido da lei. Ora, se as decisões discutem apenas sobre a exata interpretação da lei, não pode existir incoerência no direito produzido pelo Judiciário, mas apenas equívoco na aplicação da lei. Se a norma jurídica está implícita na lei e é preexistente à interpretação, não há incoerência entre as decisões dos tribunais,

²⁷ A obra de Calamandrei (*La cassazione civile*, 1920) tem uma dimensão que desborda os limites usuais dos trabalhos doutrinários, constituindo a elaboração de um modelo teórico que não só veio a ser recepcionado — ainda que em parte — pela legislação italiana, mas também uma premissa ou fundamento para quase todos os trabalhos que têm sido escritos sobre o tema.

²⁸ Resta evidente, mesmo na investigação de caráter histórico-dogmático realizada por Calamandrei, grande preocupação em evidenciar a necessidade de a Corte de Cassação realizar função de unificação da interpretação da lei. Porém, Calamandrei deixou absolutamente claro que *a tutela da lei e a garantia de uniformidade são faces de uma mesma moeda e, assim, que as decisões da Cassação, quando definem a interpretação, fixam o exato e único sentido da lei*. Não foi por outro motivo que a sua obra deixou imortalizada a célebre ideia de que a função da Corte de Cassação é definir o “sentido exato da lei”.

²⁹ V. Piero Calamandrei, *La genesi logica della sentenza civile*, *Opere Giuridiche*, Napoli: Morano, 1965, v. 1.

³⁰ A expressão é de Calamandrei.

mas inadequada aplicação da norma do legislador. Daí porque não se dispensa atenção à incoerência das decisões judiciais. Há somente preocupação com a correção das decisões que equivocadamente aplicam a lei.

Porém, quando se percebe que a interpretação não pode definir o “sentido *exato* da lei” — fim da Corte de Cassação para Calamandrei —, mas deve realizar valorações para definir o sentido atribuível ao texto legal, é óbvio que a função da Corte Suprema tem que passar a ser outra. A Corte Suprema, diante da explosão de decisões interpretativas no seio do Judiciário, não mais pode ser vista como um órgão que visa a garantir uma mítica racionalidade do ordenamento jurídico, fruto de uma razão iluminista que tanto já seduziu.³¹

A Corte Suprema, hoje, só pode ter a função de atribuir sentido ao direito e dar-lhe desenvolvimento de acordo com a evolução social. A necessidade de coerência do direito deve ser vista como uma decorrência do valor das decisões da Corte. O precedente que outorga sentido à lei agrega algo de novo à ordem jurídica legislada, fixando a interpretação da lei que deve orientar a vida social e regular os casos futuros. Como consequência, o sentido do direito delineado pela Corte não pode deixar de pautar a solução dos casos iguais ou similares, vinculando ou obrigando os juízes e tribunais.

A coerência é imprescindível para que a igualdade não seja violada. A igualdade perante as decisões judiciais é fruto do dever de o Estado dar a todos que estão em uma mesma situação jurídica a solução que a Corte Suprema racionalmente delineou, oferecendo as melhores razões possíveis. Afinal, todos os homens, em condições iguais, merecem — e apenas podem exigir — a melhor solução que o Estado pode obter para lhes garantir uma vida justa.

Frise-se que o valor constitucional tutelado por esta nova Corte Suprema não é a unidade do direito objetivo, antigo mito atrás do qual se esconderam instâncias autoritárias dos mais variados gêneros, porém a igualdade, realizada empiricamente mediante a vinculação dos tribunais e juízes a um “direito” que, delineado pela Corte Suprema, é dependente da evolução da vida social, aberto ao dinamismo de um sistema voltado à atuação de princípios fundamentais

munidos de inesgotável carga axiológica e atento à devida percepção das diferenças.³²

Não se pense, porém, que basta substituir o critério da “norma contida na lei” pelo do “sentido do direito” para continuar admitindo que a função da Corte Suprema é de correção. Há óbvia diferença entre corrigir para tutelar a lei e corrigir para tutelar o direito delineado pela Corte Suprema. Quando se pensa em “corrigir” em razão de a decisão do tribunal ter divergido de precedente, não há contrariedade à lei, mas contrariedade à norma jurídica eleita pela Corte Suprema.

Note-se que, como os precedentes consolidam o direito que deve ser observado pelos tribunais, a atividade de “correção” das decisões que negam precedentes destina-se a reafirmar a função de interpretação e de desenvolvimento do direito. Essa atividade de “correção”, que é meramente supletiva, subordina-se à função de atribuição de sentido ao direito e de garantia da sua unidade. Assim, não se pode pensar que uma Corte Suprema, na atualidade, deva ter função de correção. Como é óbvio, é completamente contraditório atribuir a uma Corte Suprema que delineia o direito a função de corrigir as decisões³³.

Por outro ângulo, ao se supor que os precedentes da Corte que atribui sentido ao direito não precisam ser observados, a existência da Corte Suprema torna-se desnecessária. Realmente, não há motivo para se ter uma Corte cuja função é definir a interpretação adequada quando os tribunais podem dela livremente divergir. Nesse caso não apenas bastariam os tribunais, como a Suprema Corte não teria motivo algum para atribuir sentido ao direito e, portanto, para estar presente no sistema judicial³⁴. Fechar os olhos para a

³² Cf. Gaetano Silvestri, *Le Corti Supreme negli ordinamenti costituzionali contemporanei*. *Le Corti Supreme*, cit., p. 45.

³³ Michele Taruffo, *Precedente e giurisprudenza*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2007, p. 718; Michele Taruffo, *Le funzioni delle Corti Supreme. Cenni generali, Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011.

³⁴ Só há lógica em dar a “última palavra” quando essa é a “última” para todos os casos similares que estão para aflorar. O contrário seria supor que uma Corte tem posição de vértice e dá a última palavra por acaso. Ou ainda que cabe à Corte Suprema dar a última palavra apenas no caso concreto, quando a sua tarefa, então, seria a de um mero tribunal de revisão, algo incompatível com a função de colaboração para o desenvolvimento do direito. Portanto, não é o caso de simplesmente dizer que os tribunais inferiores estão submetidos às Cortes Supremas, mas de perceber que os tribunais

³¹ Gaetano Silvestri, *Le Corti Supreme negli ordinamenti costituzionali contemporanei*, *Le Corti Supreme*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 45.

verdadeira função que deve ser desempenhada por uma Corte de vértice é tê-la como um grande tribunal de apelação, como uma espécie de mágica tábua de salvação posta a disposição de qualquer litigante, com a grande desvantagem de se abrir às portas para a incoerência do direito e para a irracionalidade da distribuição da justiça e, por consequência, para a negação da igualdade e da segurança jurídica³⁵.

Se a explicitação e a frutificação do direito dependem do juiz, não há como não admitir que o direito é resultado de uma atividade compartilhada pelo Legislativo e pelo Judiciário. O juiz obviamente não pode ser mais visto como a “bouche de la loi”, mas, para usar a mesma imagem, não é errado dizer que o juiz é a boca do direito que resulta da lei. Não se quer dizer com isso que o Judiciário cria o direito. Na verdade a discussão sobre a “criação do direito” não tem muita relevância quando se pensa que uma decisão é criativa se a sua formulação exige opções valorativas do juiz³⁶, ou melhor, quando se tem consciência de que a ideia de “criação judicial do direito” tem muitos significados³⁷.

inferiores devem respeito ao direito delineado pelas Cortes que, no sistema judicial, exercem função de vértice. Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *O STJ enquanto Corte de Precedentes*, 2. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, Parte II, Capítulo 4, item 4.4.

³⁵ O Estado constitucional tem dever de tutelar a segurança jurídica, garantindo a estabilidade do direito e a sua previsibilidade. Num Estado constitucional, além da estabilidade da ordem jurídica, espera-se univocidade da qualificação das situações jurídicas, sem a qual não há previsibilidade em relação às consequências jurídicas das condutas, algo que é indispensável para que o cidadão possa se desenvolver num Estado de Direito. O sistema jurídico, inclusive a estruturação e o funcionamento dos órgãos judiciais, deve ser capaz de outorgar previsibilidade. Lembre-se, aliás, que para MacCormick a previsibilidade das decisões constitui valor moral imprescindível para o homem, de forma livre e autônoma, poder se desenvolver e, portanto, estar em um Estado de Direito. (Neil MacCormick, *The ethics of legalism*, *Ratio Juris*, 1989, 2, p. 184-193). Por sua vez, diz Massimo Corsale que um ordenamento jurídico destituído de capacidade de permitir previsões e qualificações jurídicas unívocas, e de gerar, assim, um sentido de segurança nos cidadãos, não pode sobreviver enquanto tal. (Massimo Corsale, *Certeza del diritto e crisi di legittimità*, Milano: Giuffrè, 1979, p. 31 e ss).

³⁶ Jerzy Wróblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., p. 83.

³⁷ “Sin adoptar posturas extremas, reconocemos con Carrió, que afirmar que los jueces crean derecho es una expresión ambigua; quizá sea esa ambigüedad la que posibilite el amplio consenso existente hoy en día al respecto. Pensamos, sin embargo, que se trata sólo de un consenso aparente, pues el significativo ‘los jueces crean derecho’ encierra múltiples significados que dan lugar a las más diversas concepciones de la actividad judicial. Desde quienes pretenden asimilar la actividad de los jueces a la de los legisladores hasta aquellos que hablan de creatividad judicial en

Tanto o juiz quanto a Corte Suprema reconstróem o direito a partir dos elementos textuais e extratextuais da ordem jurídica.³⁸ Mas a “última palavra” ou, por assim dizer, a “definição da reconstrução” é das Supremas Cortes. A tarefa de delinear ou definir — mediante as “melhores razões”³⁹ — a “norma jurídica” capaz de orientar a vida social e regular os casos futuros é do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. A norma jurídica que pode ser dita do Poder Judiciário — fora raras exceções (ver adiante item 2) — está nos precedentes das cortes supremas.

su sentido más débil como una dimensión necesaria en la tarea de decidir. Como ni uno ni otro extremo nos ofrecen un modelo de actividad judicial que resista su comparación con la realidad, creemos por el contrario que cierto grado de creación del derecho es inevitable y que en instancias tales como el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo la creatividad judicial se asimila a la función del legislador en lo que se ha venido llamando *legislación negativa*” (Ernesto J. Vidal Gil; Cristina García Pascual, *Creación Judicial del Derecho. Sentido y razón del derecho – enfoques socio-jurídicos para la sociedad democrática*. Madrid: Hacer Editorial, 1992, pp. 145-146). Ver Genaro Carrió. *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1979, p. 24 e ss; Giovanni Tarello, *Il “problema” dell’interpretazione: una formulazione ambigua. Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1966, pp. 355.

³⁸ Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 31-35; Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 413.

³⁹ Como diz Taruffo (La Corte di Cassazione e la legge, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna: Il Mulino, 1991, p. 103), afirmar que a interpretação determina o significado “exato” de uma norma é uma afirmação privada de sentido, uma vez que a interpretação pode determinar apenas o significado fundado no emprego correto de critérios de eleição aceitáveis, ou seja, o significado fundado nas “melhores razões”. A interpretação fundada nas melhores razões tem a ver com a correção do procedimento de eleição e com a aceitabilidade dos critérios em que ela se funda, não se ligando à correção do resultado interpretativo. Fala-se, então, em “exatidão do método” de interpretação da lei; o método é correto quando a decisão é racionalmente justificada sob o perfil interno – de coerência entre as premissas e conclusões – e sob o perfil externo – de fundabilidade e aceitabilidade das premissas. A devida justificativa das opções interpretativas faz ver a *racionalidade* da interpretação e da decisão. Portanto, “decisão adequada” é a dotada de racionalidade, para o que é imprescindível “razões apropriadas” ou as “melhores razões”. A justificativa ou a qualidade das razões depende das características básicas da cultura jurídica ou, mais propriamente, da própria cultura geral que apela à racionalidade (Jerzy Wróblewski, *Ideologia de la aplicación judicial del derecho. Sentido y hecho en el derecho*, México: Fontamara, 2008, p. 83). Não há interpretação exata da lei ou interpretação correta se, com isso, pretende-se algo que independe de juízos de valor subjetivos. Há, isso sim, interpretação que, a partir de diretivas e de juízos de valor, é devidamente justificada; existe “decisão adequada” ou “decisão racionalmente aceitável”. Substitui-se, dessa maneira, a ideia de interpretação correta pela de “interpretação dotada de razões apropriadas”. Tutela-se a legalidade mediante a prática argumentativa e a busca da racionalidade. Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *O STJ enquanto Corte de Precedentes*, 2. ed., cit., Part II, Capítulo 1, item 1.9.

1.8 Violação de norma jurídica editada pelas Cortes Supremas: o problema da identificação da *ratio decidendi*

Contudo, é preciso cautela para perceber que a norma jurídica não está em toda e qualquer decisão de Corte Suprema. Uma decisão só define a interpretação de uma norma quando a maioria do colegiado compartilha da mesma interpretação.

Assim, por exemplo, não basta que uma decisão dê ou negue provimento a um recurso especial para constituir precedente ou ter *ratio decidendi*. Uma decisão que afirma a contrariedade ou nega a contrariedade de uma lei só tem *ratio decidendi* quando a maioria dos membros do colegiado compartilha de um mesmo fundamento para a conclusão a respeito do significado da lei perante a decisão. Afirmar que uma lei foi contrariada ou não foi contrariada com base em fundamentos vários, sem que nenhum deles seja suportado pela maioria, conduz a uma afirmação privada de autoridade ou de valor enquanto entendimento ou voz da Corte.

A situação é semelhante quando se tem em conta a interpretação do texto constitucional em recurso extraordinário. Só quando a maioria da Corte compartilha do mesmo fundamento e, por conta disso, atribui ao texto o mesmo significado, há *ratio decidendi*. Da mesma forma, quando em recurso extraordinário uma lei é admitida como constitucional, dando-se a ela “interpretação de acordo”, só há *ratio decidendi* quando a “interpretação de acordo” é baseada em fundamento sustentado pela maioria. Em outro caso, existirão “interpretações de acordo” não referendadas pela Corte.

Por outro lado, quando o recurso extraordinário declara a inconstitucionalidade ou emprega as técnicas da interpretação conforme e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto, a decisão da questão constitucional faz parte da *ratio decidendi*. Ainda que a Corte tenha resolvido que a lei é inconstitucional por diversidade de fundamentos, sem com que nenhum tenha sido compartilhado pela maioria, há eficácia precedental para todos os casos futuros que tratem da mesma lei.

Porém, o fundamento para a declaração de inconstitucionalidade ou para o emprego das referidas técnicas de controle de constitucionalidade terá importância quando o juiz do caso futuro tiver diante de si uma lei diferente, mas substancialmente igual ou similar, a exigir a adoção do mesmo fundamento que

foi utilizado para se chegar à decisão. Caso a decisão tenha sido tomada a partir de mais de um fundamento, sem que nenhum deles tenha sido sustentado pela maioria, não haverá *ratio decidendi* ou precedente capaz de regular o novo caso.

A decisão de inconstitucionalidade, a interpretação conforme e a declaração parcial de nulidade sem redução de texto têm efeito obrigatório ou vinculante em relação à própria lei discutida. Mas, tratando-se de outra lei, o efeito obrigatório dependerá de o fundamento da conclusão sobre a questão constitucional ter sido compartilhado pela maioria do colegiado.

Perceba-se que em tais casos pode não existir *ratio decidendi* para regular questão envolvendo outra lei — ainda que similar —, embora haja *ratio decidendi* para obstaculizar decisão diferente sobre a mesma lei. A *ratio decidendi* ou a autoridade de uma porção da decisão sempre dependem de maioria, mas a maioria pode concordar sobre o destino do texto legal sem harmonia quanto aos fundamentos para tanto.

A situação pode ser comparada com a da ação direta quando se percebe a distinção entre o dispositivo da decisão — cuja eficácia é *erga omnes* — e a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão proferida no controle principal⁴⁰. Lembre-se que o Supremo Tribunal Federal discutiu se os fundamentos determinantes da decisão proferida na ADIn 1.662 teriam efeitos obrigatórios. Chegou-se na conclusão de que a *ratio decidendi* da decisão tomada em ação direta de inconstitucionalidade obriga os demais tribunais. Tratando de reclamação, o Supremo Tribunal Federal declarou que na decisão reclamada estaria presente

[...] violação ao conteúdo essencial do acórdão [...]. A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional.⁴¹

⁴⁰ Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes obrigatórios*, 5. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, Capítulo IV, item 4.1.

⁴¹ STF, Pleno, Rcl 1.987, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 21/05/2004.

Essa decisão, que claramente declarou que os fundamentos determinantes de decisão proferida em ação de inconstitucionalidade têm eficácia obrigatória, foi reafirmada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal na Rcl 2.363. Nessa ocasião, o relator, Ministro Gilmar Mendes, argumentou que

[...] a aplicação dos fundamentos determinantes de um *leading case* em hipóteses semelhantes tem-se verificado, entre nós, até mesmo no controle de constitucionalidade das leis municipais. Em um levantamento precário, pude constatar que muitos juízes desta Corte têm, constantemente, aplicado em caso de declaração de inconstitucionalidade o precedente fixado a situações idênticas reproduzidas em leis de outros municípios. Tendo em vista o disposto no caput e § 1.º-A do art. 557 do CPC[73], que reza sobre a possibilidade de o relator julgar monocraticamente recurso interposto contra decisão que esteja em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, os membros desta Corte vêm aplicando tese fixada em precedentes onde se discutiu a inconstitucionalidade de lei, em sede de controle difuso, emanada por ente federativo diverso daquele prolator da lei objeto do recurso extraordinário sob exame [...].⁴²

Na ação direta há clara distinção entre o dispositivo que declara a inconstitucionalidade e a *ratio decidendi*; o primeiro diz respeito à lei atacada e a segunda pode se expandir para regular leis substancialmente similares. Note-se que uma decisão pode violar o dispositivo ou a *ratio decidendi* da decisão do Supremo Tribunal Federal. Uma decisão que, por exemplo, afirma inconstitucional lei dita constitucional em ação de constitucionalidade viola o dispositivo da decisão. Já a decisão que deixa de aplicar outra lei, distinta da que foi declarada constitucional, mas a ela substancialmente igual, pode ser dita violadora da *ratio decidendi* da ação declaratória de constitucionalidade.

Já no recurso extraordinário, o dispositivo, além de se referir somente aos litigantes, apenas dá ou nega provimento ao recurso. A conclusão sobre a inconstitucionalidade da lei é sobre uma questão que importa à resolução — parte dispositiva — do recurso, encartando-se, do mesmo modo que os fundamentos para se chegar na conclusão sobre a inconstitucionalidade, na fundamentação da decisão e, quando for o caso (maioria), na *ratio*

decidendi. Em outros termos, é preciso ter claro que a questão constitucional, além de estar também na fundamentação, pode ser resolvida por maioria, ainda que com base em fundamentos compartilhados por minorias, quando apenas a solução da questão constitucional estará na *ratio decidendi*.

Pense-se, agora, no recurso que, para ser resolvido, depende do enfrentamento de diversos fundamentos, cada um deles bastante para o provimento. Imagine-se, por exemplo, recurso especial fundado em alegação de contrariedade a três leis federais distintas — obviamente que com fundamentos também distintos. Num colegiado composto por cinco ministros, seria possível pensar em provimento do recurso com base em três votos, cada um sustentando que a decisão contrariou uma das três leis federais, sem com que nenhum dos votos concorde com que a mesma lei tenha sido contrariada. Esse é o primeiro ponto que reclama atenção. É racional prover um recurso destinado à tutela do direito federal sem com que a maioria do colegiado entenda que houve contrariedade ao direito federal? Ou mais claramente, é racional declarar que uma decisão não deve prevalecer, sob o argumento de que contrariou lei federal, quando o colegiado não chega à conclusão — nem mesmo por maioria — de que a lei foi contrariada?

Se uma decisão só tem motivo para ser reformada em virtude de ter contrariado lei federal ou se o recurso especial só tem razão para ser provido para tutelar o direito federal, não há como entender correto que o entendimento de um dos membros do colegiado competente para o julgamento do recurso seja suficiente nem para a reforma da decisão nem, muito menos, para a afirmação do direito federal que deve prevalecer.

Na verdade, por detrás do vício em prover recurso com base em votos que afirmam contrariedade a leis diversas está a confusão entre decisão colegiada e ajuntamento de decisões individuais de membros do colegiado. Quando se tem em conta a alegação de contrariedade a diversas leis, a racionalidade do julgamento e da deliberação colegiada depende da discussão e da votação em separado de cada uma das alegações de contrariedade.

De modo que, numa situação como essa, o relator deve delimitar os textos legais afirmados contrariados pela decisão recorrida para que o julgamento se desenvolva mediante a discussão e a votação em separado de cada uma das alegações. Caso contrário,

⁴² STF, Plenário, Rcl 2.363, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 1º/04/2005.

não apenas não haverá discussão adequada sobre a eventual afronta da decisão à lei, mas sobretudo não se decidirá sobre qualquer das alegações de contrariedade realizadas pelo recorrente.

Não há qualquer dúvida que, quando os membros do colegiado podem *decidir diretamente o recurso* a partir de várias alegações de contrariedade, não há *decisão colegiada* sobre o significado do texto legal dito contrariado em face da decisão recorrida. Há, isto sim, uma ou outra decisão individual dos membros do colegiado. O colegiado e, portanto, a Corte Suprema simplesmente não decidem ou, ao menos, não finalizam a decisão que têm o dever de proferir para o desenvolvimento do direito.

A decisão em separado, portanto, é imprescindível no caso em que estão em jogo alegações de contrariedade a diversos textos normativos. Note-se, porém, que não há a mesma necessidade quando se considera o emprego de decisão de inconstitucionalidade, de interpretação conforme ou de declaração parcial de nulidade. Não há razão para se decidir em separado se é o caso de declaração de inconstitucionalidade e, apenas depois e também em separado, sobre a interpretação conforme ou a declaração parcial de nulidade. Nesses casos a tutela do direito constitucional não depende de decisão em separado.

De outra parte, a questão da maioria em relação aos fundamentos utilizados para se afirmar a contrariedade a um texto tem a ver com a necessidade de se ter um entendimento da Corte a respeito do seu significado. Quando se pensa em fundamentos para a decisão do recurso, portanto, o problema não é mais relacionado nem ao fim do recurso nem à necessidade de reforma da decisão. Não basta saber se o direito foi contrariado e, assim, se o recurso deve ser provido. Importa identificar a voz da Corte na decisão do recurso.

Quando se quer saber o entendimento da Corte sobre o sentido do direito obviamente não basta perguntar se a lei ou a Constituição foi contrariada. É preciso olhar para a justificativa. Não é por outra razão que, numa Corte de Precedentes, há que se justificar fundamentos e não votos. A justificativa deve demonstrar a validade do fundamento determinante da decisão e, ao mesmo tempo e quando for o caso, trazer

as razões dos fundamentos concorrente e dissidente⁴³. Aliás, mais do que dar a cada fundamento uma justificativa, não convém permitir várias justificativas de um mesmo fundamento. Isso comumente ocorre quando a justificativa é relacionada com os votos e não com o fundamento sustentado por um ou vários julgadores. Sucede que numa Corte de Precedentes não há razão para justificar o entendimento de cada um dos julgadores. A justificativa tem a ver com o entendimento da Corte e, assim, com os fundamentos do colegiado. Porém, nem sempre será possível encontrar na justificativa dos fundamentos um entendimento que possa realmente ser dito da Corte. Isso só ocorrerá quando um fundamento for compartilhado pela maioria. É quando há *ratio decidendi*.

Frise-se que não há necessidade de decidir os fundamentos em separado para identificar como a Corte os pensa⁴⁴. A partir da discussão dos fundamentos, decide-se sobre — por exemplo — a contrariedade à lei para se prover ou não o recurso. Se três julgadores afirmam contrariedade à lei, ainda que com base em dois fundamentos distintos, o recurso especial deve ser provido, embora não se forme *ratio decidendi*. Há um fundamento majoritário — sustentado por dois —, um fundamento concorrente — adotado por um —, e um fundamento dissidente — também sustentado por dois. É interessante notar que o fundamento majoritário empata com o fundamento dissidente. Não há fundamento que possa ser dito do

⁴³ Linda Novak, The precedential value of Supreme Court plurality decisions, *Columbia Law Review*, 1980, pp. 756-759.

⁴⁴ “a ideia de se impor a decisão em separado dos fundamentos, ainda que múltiplos em relação a uma única alegação de contrariedade a uma norma, não pode ser admitida em virtude de contrariar a lógica do julgamento do recurso, ou melhor, em razão de negar o modo pelo qual o recurso é racionalmente julgado para se ter uma decisão ou resultado adequado ou justo. Como já dito, não há racionalidade em exigir maioria de votos ao menos em um dos fundamentos do recurso para se admitir o seu provimento. Com isso, num colegiado de cinco Ministros, ainda que os cinco reconhecessem a violação da norma, dois com base em um fundamento, dois com base em outro e o terceiro a partir de outro, não se teria como prover o recurso. Ou seja, a unanimidade dos Ministros teria visto contrariedade à norma e, ainda assim, seria proclamada a inexistência de contrariedade capaz de viabilizar o provimento do recurso” (Luiz Guilherme Marinoni, *O Julgamento nas Cortes Supremas*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, Capítulo VI, item 6.18).

colegiado. Assim, embora o recurso seja provido, não há *ratio decidendi*⁴⁵.

2 Outras normas jurídicas delineadas pelo Judiciário que podem ser objeto de ação rescisória

Também podem ser violadas as súmulas vinculantes, além de outras súmulas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal — definidoras, respectivamente, de matéria infraconstitucional e de matéria constitucional (art. 927, II e IV, CPC). Recorde-se, porém, que a técnica das súmulas esteve, sem qualquer êxito, à serviço das Cortes de correção. A súmula foi pensada para sedimentar, mediante um breve escrito, entendimento que, representando o conjunto de várias decisões num mesmo sentido, pudesse permitir o controle das decisões dos tribunais inferiores. Constituía, assim, um enunciado abstrato, completamente indiferente aos casos e às suas particularidades. Ora, foi exatamente esta neutralidade ou abstração que impediu aos tribunais analisar a aplicabilidade das súmulas aos novos e diferentes casos concretos, tornando-as completamente destituídas de utilidade. É curioso, portanto, que o Código de Processo Civil de 2015 afirme, em seu art. 926, § 2º, que, “ao editar enunciados

de súmula, os tribunais devem *ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação*”. Isso nada mais é do que a admissão de que as súmulas só têm alguma importância quando identificadas as *rationes decidendi* dos precedentes que lhe deram origem. Por consequência, ainda que o legislador tenha insistido nas súmulas, é óbvio que os precedentes das Cortes Supremas vão ocupar o seu lugar. As súmulas poderão ter espaço, ainda que sem muita eficiência, nos tribunais.

Embora seja evidente a impossibilidade de resumir precedente de Corte Suprema a decisão firmada por ocasião de julgamento de recurso repetitivo, uma vez proferida a decisão sobre a questão de direito objeto do recurso repetitivo todos os juízes de primeiro grau, tribunais e órgãos fracionários da própria Corte Suprema não podem contrariá-la. A técnica do recurso repetitivo é voltada à solução de questão prejudicial ao julgamento de recursos pendentes. Os arts. 1.037, II, 1.039 e 1.040 do Código de Processo Civil, ao exigirem a suspensão dos processos e recursos, subordinando a sua solução à decisão proferida no recurso repetitivo, deixam clara a intenção do legislador⁴⁶.

De acordo com o art. 1.040, uma vez publicada a decisão: i) será negado seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem - se o acórdão recorrido coincidir com a decisão da Corte Suprema; ii) o órgão que proferiu o acórdão recorrido reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado — se o acórdão recorrido divergir da decisão da Corte Suprema; e iii) os processos suspensos em primeiro e segundo graus de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pela Corte Suprema. De qualquer forma, qualquer decisão que negue a decisão firmada no recurso repetitivo, resolvendo a questão de direito de modo divergente, e transite em julgado em primeiro grau, no tribunal ou mesmo na Corte Suprema, está sujeita a ação rescisória com base em violação de norma jurídica.

⁴⁵ A doutrina e os tribunais estadunidenses se mostram angustiados com as decisões majoritárias ancoradas em fundamentos compartilhados por minorias. Isso por terem dificuldade de admitir uma decisão que não configure *ratio decidendi* ou precedente. Quando se parte da premissa de que a Corte não pode decidir sem formar precedentes, há realmente problema quando a decisão não é proferida com base em um fundamento sustentado pela maioria do colegiado. Porém, isso parece ser um equívoco próprio do direito estadunidense, já que não se pode supor que num julgamento de que participam nove Justices sempre se tenha que ter um fundamento compartilhado por cinco. Isso equivaleria a não se poder ter uma decisão de cinco baseada em mais de um fundamento. Em verdade, isso significa confundir resolução do caso com fixação do entendimento da Corte. Mesmo num sistema de *common law* não deveria haver motivo para, ao não se encontrar maioria para sustentar um fundamento (*ratio decidendi*), não deixar a questão em aberto perante os juízos inferiores. Sobre o tema das *plurality opinions* da Suprema Corte dos Estados Unidos, ver Linda Novak, The precedential value of Supreme Court Plurality Decisions, *Columbia Law Review*, vol. 80, n. 4 (May, 1980), p. 761 e ss; John F. Davis e William L. Reynolds, Juridical Cripples: Plurality Opinions in the Supreme Court, *Duke Law Journal*, v. 59, 1974, p. 67 e ss; Adam S. Hochschild, The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision: Interpretation in Historical Perspective, *Washington University Journal of Law & Policy*, v. 4, p. 279 e ss; Lewis A. Kornhauser e Lawrence G. Sager, The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts, *California Law Review*, v. 81, 1993, p. 11; Lewis A. Kornhauser e Lawrence G. Sager, The many as one: integrity and group choice in paradoxical cases, *Philosophy & Public Affairs*, v. 32, 2004, p. 249 e ss.

⁴⁶ Em que pese não existir filtro semelhante à repercussão geral no Superior Tribunal de Justiça, é certo que esse tribunal é uma Corte Suprema que deve funcionar mediante a instituição de precedentes. Assim, a suspensão dos recursos pendentes é legítima desde que a participação dos *amici curiae* — cuja intervenção é admitida no recurso repetitivo — seja suficiente para dar voz aos litigantes perante a Corte.

Igualmente podem ser violadas as decisões proferidas em incidente de assunção de competência (art. 947, CPC). As decisões proferidas para solucionar “questão de direito com grande repercussão social” e “relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal”, previstas no art. 947, *caput* e § 4º, do Código de Processo Civil, vinculam “todos os juízes e órgãos fracionários”, conforme dispõe o § 3º do mesmo art. 947. Se juiz ou órgão fracionário contraria decisão do seu tribunal que resolveu qualquer dessas questões — quando obviamente a decisão proferida no incidente de assunção não foi superada por precedente firmado por Corte Suprema —, há violação de norma jurídica.

Entretanto, é importante perceber desde logo que a decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas não é uma mera decisão com eficácia obrigatória. O incidente de resolução decide questão de direito que é prejudicial ao julgamento de demandas que se repetem. Portanto, o incidente julga questão que afeta diretamente a tutela do direito de várias pessoas, ou melhor, dos diversos litigantes das demandas repetitivas. Esses sujeitos obviamente têm o direito de discuti-la. A exclusão dos litigantes da discussão da questão de direito, sem que ao menos o “representante adequado” participe do incidente de resolução, configura inquestionável violação do *due process*. Significa que o procedimento do incidente de resolução tem que necessariamente contar com a participação dos legitimados à tutela dos direitos individuais homogêneos, descritos na Lei da Ação Civil Pública e no CDC. Nessas condições, corrigido o déficit de constitucionalidade do incidente, a sua decisão produz coisa julgada *erga omnes*⁴⁷.

Isso quer dizer que, quando uma decisão julga demanda repetitiva e nega a decisão sobre a questão prejudicial proferida no incidente de resolução, há ofensa à coisa julgada *erga omnes* que recai sobre a questão. A ação rescisória, assim, deve ser proposta com base no inciso IV do art. 966; não com fundamento em “violação de norma jurídica” (art. 966, V, CPC).

Outra decisão que não pode ser contrariada — enquanto não superada por precedente do Supremo Tribunal Federal — é a decisão proferida no incidente

de arguição de inconstitucionalidade (art. 948 e ss, CPC). Nos termos do parágrafo único do art. 949, os órgãos fracionários ficam obrigados perante a decisão do seu tribunal proferida em incidente de inconstitucionalidade. Todos os órgãos fracionários, e não apenas aquele que submeteu a questão para decisão em incidente, ficam obrigados ou vinculados perante a decisão do plenário ou do órgão especial. E isso não apenas quando a declaração é de inconstitucionalidade, mas também quando a decisão é de constitucionalidade. A eficácia obrigatória da decisão é consequência da regra do art. 97 da Constituição Federal, que estabelece que a lei só pode ser declarada inconstitucional pela maioria absoluta dos membros do tribunal ou do seu órgão especial.

Significa que, quando uma decisão nega decisão proferida em incidente de inconstitucionalidade, não importa se afirmando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade, há violação de norma jurídica. De modo que é cabível, também nesses casos, a ação rescisória.

3 A importância dos §§ 5º e 6º do art. 966 para a confirmação do significado de “violação de norma jurídica”

Lembre-se que os §§ 5º e 6º do art. 966 foram inseridos no Código de Processo Civil de 2015 quase um ano depois da sua publicação. Esses parágrafos claramente enfatizam a possibilidade de ação rescisória em caso de decisão que se pauta equivocadamente em súmula ou precedente.

O § 5º afirma expressamente que cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do art. 966, contra decisão que, baseada em súmula ou precedente, não fez a distinção da questão discutida no processo, ou seja, não percebeu tratar-se de outra questão ou caso. Em outras palavras, o § 5º quer dizer, a princípio, que a decisão que julgou questão ou caso com base em súmula ou precedente manifestamente inaplicáveis pode ser objeto de ação rescisória.

Como está claro, o § 5º entende que há violação a norma jurídica quando a decisão julgou caso que não poderia ser regulado pelo precedente ou súmula. A violação da norma jurídica, portanto, constitui violação de norma delineada pelo Judiciário — cuja eficácia é obrigatória.

⁴⁷ Ver Luiz Guilherme Marinoni, *Incidente de resolução de demandas repetitivas*, São Paulo: Ed. RT, 2016.

O § 6º frisa que a ação rescisória pode ser utilizada diante de decisão que viola norma jurídica produzida pelo Judiciário. Adverte que a petição inicial da ação rescisória, quando baseada no § 5º, deve evidenciar que a decisão rescindenda julgou caso que não podia ser regulado pela norma editada pelo Judiciário, vale dizer, que julgou caso que, além de particularizado por hipótese fática distinta ou marcado por outra questão jurídica, por conta disso impunha solução diversa.

Os dois novos parágrafos inseridos no art. 966 são claras demonstrações de que não é possível ler “violação de norma jurídica” como se lia “violação de disposição de lei”, à luz do código de 1973. Há nesses parágrafos confirmação de que é possível violar norma jurídica delineada pelo Judiciário.

4 Decisão que se pautou equivocadamente (sem fazer distinção) em precedente de Corte Suprema, decisão proferida em recurso repetitivo, súmula e decisão de tribunal sobre questão

4.1 Significado da não consideração da “existência de distinção”

O § 5º do art. 966 afirma que pode ser rescindida a decisão “que não tenha considerado a existência de distinção” entre o caso julgado e o “padrão decisório” que foi utilizado para decidi-lo. Por “padrão decisório” entende-se a *ratio decidendi* — no caso de precedente Corte Suprema —, a decisão da questão de direito objeto do recurso repetitivo, as *rationes decidendi* ou fundamentos determinantes das decisões que deram origem à súmula, a decisão da questão de direito objeto do incidente de assunção de competência e a decisão do incidente de inconstitucionalidade.

O precedente, a súmula e a decisão de uma questão de direito são sempre “interpretados”. Afinal, é preciso analisar se devem ou não regular o caso sob julgamento. Além disso, é preciso saber se o caso a ser julgado amolda-se a eles. Isso significa que o juiz nunca aplica irracionalmente um precedente, decisão de questão ou súmula. A adoção de qualquer um destes sempre depende de uma análise racional e justificada, intimamente ligada às particularidades do caso sob solução. Lembre-se, por oportuno, que o § 1º do art. 489 do Código de Processo Civil afirma que

[...] não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] v - se limitar a invocar precedente

ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; vi - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento [...].

Quando a decisão julga o caso e aplica precedente, súmula ou decisão que não podem regulá-lo há exatamente o que se chama de “falta de percepção da distinção do caso sob julgamento”. Quando isso ocorre a norma ou a solução jurídica são aplicadas equivocadamente, de modo que se pode afirmar que há violação de norma jurídica para efeito de ação rescisória.

O § 5º alude a decisão que “não tenha considerado a existência de distinção”. Porém, é certo que a rescindibilidade também se apresenta viável quando se entende, de modo manifestamente equivocado, que o caso deveria ser regulado pelo precedente, decisão ou súmula. Toda vez em que a decisão aplica precedente, súmula ou decisão de questão que *manifestamente* não podia regular o caso, aplica-se o inciso V do art. 966, uma vez que a decisão “violou *manifestamente* norma jurídica”.

Note-se que até aqui se tratou de duas hipóteses de *equivocada aplicação* de precedente, decisão ou súmula — uma em que não é considerada a existência de distinção e outra em que se supõe equivocadamente que o caso é similar ou igual. Contudo, é ainda cabível perguntar se é possível falar em violação de norma jurídica quando a decisão *deixa de aplicar precedente*, decisão ou súmula.

Sem dúvida, sim. Quando, por exemplo, a decisão deixa de aplicar decisão proferida em recurso repetitivo, há violação de norma jurídica. É fácil chegar a essa conclusão quando se está diante da mesma questão de direito. Porém, no caso em que, também por exemplo, argumenta-se que não se aplicou *ratio decidendi* ou precedente firmado pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça em julgamento de embargos de divergência, a rescindibilidade da decisão dependerá desta não ter aplicado precedente que *clara e indiscutivelmente aplicava-se* ao caso. Note-se, desde logo, que a margem de aplicação de um precedente é muito maior do que a de uma decisão a respeito de questão de direito.

É interessante perceber que este problema permite voltar à ideia de zonas de luz e de penumbra,

embora aqui com outra finalidade. Determinadas *rationes decidendi* são absolutamente claras no sentido de que regulam determinados casos. Outras, no entanto, podem deixar dúvida sobre a sua aplicabilidade a certas situações. Seria possível dizer que a dúvida está relacionada à múltipla variação dos casos e não ao texto do precedente, de modo que o problema não teria relação com a sua clareza. Sucede que um texto só se torna obscuro quando confrontado com a realidade ou com os novos casos que surgem.

Quando a decisão justifica a não aplicabilidade do precedente, somente quando há manifesto equívoco, capaz de ser identificado em vista da clara e indiscutível aplicabilidade do precedente, torna-se possível admitir a rescindibilidade da decisão. De forma que a rescindibilidade de decisão que deixou de aplicar precedente caberá, a princípio, quando a decisão nada disser a seu respeito, ignorando-o. Porém, mesmo nessa hipótese, a rescisão ficará na dependência de a aplicação do precedente ser necessária, além de obviamente poder inverter o resultado da decisão tomada.

É claro que não se pode pensar, para efeito de ação rescisória, em aplicação equivocada de precedente — ou mesmo de súmula ou de decisão de questão — quando se está diante do próprio órgão judicial que o criou. Tal forma de pensar é incabível quando se considera o órgão competente para rever o precedente, a súmula ou a decisão em recurso repetitivo ou o órgão do tribunal que pode rever a decisão proferida no incidente de assunção de competência ou no incidente de inconstitucionalidade. Ou melhor, obviamente não há como supor violação de precedente, súmula ou decisão quando a Corte Suprema e o tribunal estão *em momento e em lugar* adequados para poder afastá-los — ainda que não definitivamente.

4.2 O problema em face de precedente de Corte Suprema

Um precedente de Corte Suprema pode ter a sua aplicação estendida ou restringida, conforme os novos casos. A Corte, ao instituir um precedente e não obstante a necessidade deste dever ser moldado de modo a abarcar todas as situações que racionalmente exijam o mesmo tratamento⁴⁸, pode

deixar de considerar alguma circunstância ou situação envolvida com o caso resolvido ou com o próprio entendimento jurídico firmado. Ademais, em virtude de os casos variarem naturalmente, conforme as particularidades que lhe dão configuração, é sempre possível o surgimento de novas situações, não tratadas no precedente.

Porém, isso não quer dizer que o precedente apenas pode ter a sua aplicação estendida. A não percepção de determinada circunstância, assim como um caso posterior, podem evidenciar que o precedente, elaborado de modo amplo para abrigo várias situações, não pode regular uma situação específica que estaria, a princípio, sob o seu guarda-chuva. Nesse caso o precedente obviamente deve ter a sua aplicação restringida.

Não há dúvida que a extensão ou a limitação do alcance dos precedentes constitui forma de relacioná-los com novos casos. Dessa forma, desenvolve-se o significado do precedente, que passa a adaptar-se, sem rupturas, às situações que surgem à medida que o tempo passa.⁴⁹ Na verdade, um precedente deve

de a justificativa da decisão conter razões que demonstrem a possibilidade da sua aplicação em todos os casos dotados das mesmas particularidades fáticas individualizadas como relevantes. Como escreve MacCormick, um ato só pode ser justificado como correto mediante universalização, uma vez que mostrar a sua correção é evidenciar que, sob qualquer visão objetiva do tema, o ato deveria ser praticado — ou mesmo deve ser praticado — em face das características do ato e das circunstâncias do caso (Neil MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 131 e ss). A universalidade tem importância para propiciar a aceitabilidade das razões justificadoras da decisão judicial e para permitir a checagem de se as decisões que lhe são posteriores ferem a igualdade. Desse modo a regra da universalidade incide em duas perspectivas: para justificar a racionalidade da decisão e para identificar se uma decisão, posterior à firmada como precedente, nega as razões desse último. Essa segunda perspectiva, contudo, é uma *consequência* da adoção de um critério de racionalidade da decisão. Mas, além de contribuir para a racionalidade jurídica, a universalidade certamente favorece a isonomia e inibe a parcialidade. Ao decidir, a Corte sabe que não poderá tratar os casos similares de modo diferente. Por isso é obrigada a proferir uma decisão que, considerando os fatos e fundamentos jurídicos relevantes, tenha validade para todos os casos posteriores que se enquadrem na mesma moldura. Significa que não poderá decidir o caso sob julgamento a não ser a partir de critérios que tenham validade para todos os casos. Assim, ficará impedida de decidir de modo parcial, isto é, considerando particularidades que não são relevantes para uma decisão universal e imparcial. Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *O STJ enquanto Corte de Precedentes*, 2ª. ed., cit., Parte II, Capítulo I, item 1.10. Ver Paula Pessoa Pereira, *Legitimidade dos precedentes*. São Paulo: Revista dos Triunais, 2015.

⁴⁸ Fala-se neste sentido em “universalidade” do precedente. Quando se pensa em decisão universalizável não se está propriamente considerando o caso sob julgamento em face do precedente já firmado, mas se apontando para a necessidade

⁴⁹ Ver Frederick Schauer, *Thinking like a lawyer*, Cambridge: Harvard University Press, 2009, esp. itens 5, 8 e 9.

ser aplicado até os seus limites. É esta potencialidade, inerente ao precedente, que torna possível a sua adoção para a solução de casos particularizados por outras circunstâncias ou aspectos inicialmente não tratados. Por idênticos motivos, se a finalidade do precedente deixa de estar presente diante de nova situação, não há como aplicá-lo.

O sistema de precedentes, quando visto a partir da técnica da distinção, sem perder a sua função de preservação da estabilidade, torna-se maleável e capaz de permitir o desenvolvimento do direito, dando conta das novas realidades e das situações que não foram anteriormente tratadas, sem que seja preciso o rompimento do sistema ou a revogação do precedente que ainda é necessário e suficiente para tratar das situações que contemplou desde a sua origem. Assim, a distinção para aplicar ou deixar de aplicar um precedente é algo que milita, a um só tempo, para a estabilidade e para o desenvolvimento do direito⁵⁰.

Diante disso, a questão que realmente interessa à ação rescisória é a de que a ampliação ou a restrição de um precedente só tem racionalidade quando compatível com as suas próprias razões. O problema, mais uma vez, é o de que a necessidade de extensão ou restrição do precedente nem sempre é clara ou isenta de dúvida. Aliás, pode haver dúvida mesmo quando o precedente não está diante de situação diversa da inicialmente contemplada. Há hipóteses em que a dúvida está centrada apenas em saber se o caso está sujeito ao precedente. Não se parte da premissa de que há caso distinto e, então, pergunta-se se cabe a extensão ou a restrição do precedente. Indaga-se diretamente se o caso está efetivamente sujeito ao precedente.

Ora bem, como não se pode rescindir decisão que não viola *manifestamente* norma jurídica, a solução para a conclusão pela rescindibilidade está na determinação das zonas em que a aplicabilidade de um precedente é “certa” e “não certa”. É sempre possível identificar, em face de um precedente, uma zona de certeza positiva — em que o precedente certamente deve ser aplicado —, e uma zona de certeza negativa, em que o precedente não pode ser aplicado. Entre essas duas zonas há uma zona de incerteza ou de penumbra. É certo que, quando se está diante de

aplicação extensiva ou restritiva do precedente, a zona de penumbra é mais extensa. Nessa zona intermediária há dúvida e, portanto, decisão que não pode violar *manifestamente* a norma jurídica. A decisão que estiver fora da zona de penumbra, no entanto, terá deixado de aplicar precedente ou terá resolvido o caso com base em precedente inaplicável. É quando, em virtude de ter a decisão violado *manifestamente* norma jurídica, caberá ação rescisória baseada no inciso V do art 966 do Código de Processo Civil.

4.3 A decisão diante de súmula

Com as súmulas passa-se o mesmo, uma vez que a sua correta aplicação só pode ser determinada com base nos precedentes que lhe dão origem. Nessa perspectiva, atualmente positivada no § 2º do art. 926 do Código de Processo Civil, para se saber se uma súmula é aplicável a outro caso é necessário verificar os fundamentos determinantes das decisões que estão à sua base. Sem a busca da história das súmulas jamais será possível tê-las como auxiliares do desenvolvimento do direito, já que não existirão critérios racionais capazes de permitir a conclusão de que a súmula pode, racionalmente, ter o seu alcance estendido ou restrito (distinção) para permitir a solução do caso sob julgamento.

Nessa dimensão, é oportuno lembrar, por exemplo, como a Súmula 691 já foi aplicada no Supremo Tribunal Federal. Essa súmula afirma que não compete

[...] ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do relator que, em *habeas corpus* requerido a Tribunal Superior, indefere a liminar [...].

Porém, no HC 85.185-1⁵¹ decidiu-se que a Súmula 691 não se opõe ao conhecimento de *habeas corpus* quando há *flagrante constrangimento ilegal*. Entendeu-se que, num caso como esse, é de se conhecer do pedido de *habeas corpus* em nome do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. A Súmula 691 foi mantida porque, como consta das decisões que lhe deram origem, há de se negar, como princípio, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* contra decisão de ministro que, em sede liminar, indefere *habeas corpus*. Mas, segundo o Supremo Tribunal Federal, o direito

⁵⁰ Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes obrigatórios*, 5. ed., cit., Capítulo III, item 4.2.

⁵¹ STF, Plenário, HC 85.185-1, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 1º/09/2006.

fundamental à tutela jurisdicional, diante da situação de flagrante ilegalidade, justifica o conhecimento do *habeas corpus* e, portanto, a não aplicação da súmula. Significa que a existência de “*flagrante constrangimento ilegal*” sustentou, a partir de um fundamento de natureza constitucional, uma *distinção*, limitando-se o alcance da súmula, que, dessa forma, continuou em vigor, porém passou a abarcar menor número de casos — exatamente aqueles em que não há flagrante ilegalidade.

A consideração dos precedentes que deram origem à súmula são imprescindíveis para se desvendar a sua finalidade e, assim, a racionalidade da sua limitação ou, quando for o caso, extensão. De qualquer forma, não se pode pensar em aplicação equivocada de súmula, para efeito de ação rescisória, por parte do órgão judicial que tem poder para afastá-la. Entretanto, quando não há espaço para discricionariedade e uma súmula é aplicada ou não aplicada de forma *manifestamente* equivocada, ou seja, fora da zona intermédia entre as zonas de certeza positiva — em que a súmula deve ser aplicada — e negativa — em que não deve ser aplicada —, há violação de norma jurídica. Advirta-se que — também aqui — a zona de penumbra é mais ampla quando se está diante de aplicação extensiva ou restritiva de súmula do que de simples aplicação de súmula.

4.4 A distinção em face da decisão de questão

A decisão de questão tem importante particularidade diante da *ratio decidendi* ou do precedente quando se pensa em distinção e, especialmente, em distinção equivocada, capaz de dar origem a ação rescisória. É muito mais fácil identificar um caso que deve ser solucionado mediante o emprego de uma decisão de questão do que um caso ao qual se aplica um precedente.

O art. 1.037, § 9º, do Código de Processo Civil alude expressamente a distinção. Adverte para a distinção que pode ser feita para diferenciar a questão de direito presente em determinado processo em face daquela a ser resolvida no recurso repetitivo:

[...] demonstrando distinção entre a *questão a ser decidida no processo* e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo [...].

Note-se que, em caso de recurso repetitivo — e também na hipótese de incidente de assunção de

competência —, importa saber se a *questão de direito* é a *mesma*. A *questão de direito* tem que ser *igual, idêntica*. Não se pensa, ao contrário do que ocorre em hipótese de *ratio decidendi*, em *caso semelhante* que deve ser resolvido pela mesma *ratio*.

Portanto, existem dois pontos particulares quando se tem em conta *decisão* de questão: em primeiro lugar não importa identificar *caso*, mas *questão*. Em segundo lugar não se pergunta sobre algo que pode ser *semelhante*, mas sobre algo que é *igual ou idêntico*.

A consequência óbvia é a de que, quando uma decisão deixa de aplicar ou aplica a decisão proferida num recurso repetitivo — ou num incidente de assunção de competência —, é muito mais simples identificar se houve um equívoco manifesto ou violação manifesta de norma jurídica.

Em alguns casos, pode-se deliberadamente deixar de aplicar a decisão da questão de direito. Em outros, a decisão pode não ser aplicada mediante o argumento de que a questão sob julgamento é distinta e, ainda em outros, pode se aplicar a decisão da questão para resolver questão diferente.

Se no primeiro caso a violação manifesta de norma jurídica está à primeira vista, não se pode pensar que nos outros dois não pode haver *manifesta* violação. Nessas duas últimas hipóteses não apenas pode existir violação manifesta de norma jurídica, como a sua aferição é muito mais fácil e *simples* do que nos casos em que há aplicação de *ratio decidendi*.

Quando não se aplicou a decisão mediante o argumento de que a questão era distinta, basta ver se a questão era igual. Porém, tendo sido utilizada a decisão para a solução de questão diferente, haverá violação manifesta quando a questão for solucionada mediante a mera aplicação da decisão, sem com que a fundamentação tenha feito qualquer ligação entre a decisão da questão e a questão resolvida. Como é óbvio, quando a decisão da questão for utilizada como argumento para a decisão da questão diferente, não há que falar em violação de norma jurídica. Há violação manifesta quando a decisão da questão é aplicada, sem reflexão, para a solução de uma questão diferente.

No caso de decisão proferida em incidente de inconstitucionalidade tudo é ainda mais fácil. Aí basta identificar se a lei é a mesma. Frise-se que, quando se pensa em decisão de questão de direito e em decisão proferida em incidente de inconstitucionalidade, não

importa a *ratio decidendi*. Isso não quer dizer que em tais decisões não pode haver *ratio decidendi*. Quer significar, isto sim, que nessas hipóteses o que obriga é a *decisão* da questão e não a *ratio decidendi* ou o precedente.

5 A petição inicial da ação rescisória fundada em manifesto equívoco na aplicação de precedente, súmula ou decisão

De acordo com o § 6º do art. 966,

[...] quando a ação rescisória fundar-se na hipótese do § 5º deste artigo, caberá ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica [...].

O autor, mediante a petição inicial, deve demonstrar que o caso ou a questão de direito não poderia, ou deveria, ter sido resolvido mediante a aplicação do precedente, da súmula ou da decisão. Isso é, substancialmente, o que importa constar da petição inicial.

Para tanto, o autor pode ter que evidenciar que o caso, resolvido mediante a aplicação do precedente ou da súmula, é “*particularizado por hipótese fática distinta*”, diferenciando-se e, por isso, não podendo ser regulado pelo precedente ou pela súmula. Mas o autor também pode pretender demonstrar que o caso, não obstante conter hipótese fática distinta, deveria ter sido resolvido pelo precedente ou pela súmula⁵². Isso ocorre quando a hipótese fática do caso está inserta na categoria pertencente ao fato considerado no precedente ou aos fatos dos precedentes que deram origem à súmula⁵³.

Só cabe rescisão quando a decisão, em um ou outro caso, negou o significado ou a intenção do precedente ou da súmula. Assim, o autor terá que

demonstrar que os fatos do caso, à luz da *ratio* do precedente ou das *rationes* dos precedentes, *não permitiam* a aplicação do precedente ou da súmula, ou, na hipótese inversa, *exigiam-na*. Não há como deixar de lembrar que a violação ao precedente ou à súmula deve ser manifesta. A aplicabilidade ou não do precedente ou da súmula, diante dos fatos do caso, deve ser clara, isenta de dúvida.

O § 6º fala ainda em demonstração “de questão jurídica não examinada”. Se a decisão aplicou precedente — ou súmula — supondo que ele tratou de determinada questão jurídica, quando em verdade ele dela não tratou, é certo que o precedente não poderia ter sido aplicado. Contudo, esta parte do § 6º faz mais sentido quando relacionada à decisão que aplicou decisão de questão de direito que não dizia respeito à questão solucionada.

6 Violação de norma jurídica “dotada de aceitabilidade”

Mas a norma jurídica que pode ser manifestamente violada não é apenas aquela elaborada pelo Judiciário. Também é possível violar norma jurídica que não foi delineada por Corte Suprema, que não está presente em decisão com eficácia obrigatória de tribunal e que poucas vezes teve que ser afirmada pelos juízes.

Se os textos legais em regra estão numa zona de incerteza ou de penumbra e, por isso, frequentemente abrem oportunidade para vários resultados-interpretação ou normas jurídicas que, posteriormente, têm que passar pelo crivo das Cortes Supremas para a definição do sentido do direito, certamente há textos legais que dificilmente dão lugar à dúvida àqueles que com eles se deparam.

É claro que qualquer texto, por mais claro que seja, sempre tem a possibilidade de ser confrontado com particularidades concretas capazes de torná-lo obscuro e de interpretação complexa ou duvidosa. Porém, também é certo que existem interpretações que derivam clara e logicamente do texto, independentemente da necessidade de valoração de elementos que podem ser postos em dúvida. Assim, por exemplo, quem olha para o art. 1.003 do Código de Processo Civil não fica em dúvida em afirmar que o prazo para a interposição do recurso de apelação é de quinze dias.

⁵² Afinal, como diz Schauer, “para que uma decisão seja precedente para outra não há necessidade de que os fatos dos casos anteriores e posteriores sejam absolutamente idênticos. Caso isso fosse exigido, não haveria precedente para nenhum outro caso”. (Frederick Schauer, *Precedent*, *Stanford Law Review*, v. 39, 1987, p. 575).

⁵³ Lembre-se que “a tarefa de uma teoria de precedente é explicar, em um mundo em que um único evento pode ser enquadrado em várias categorias diferentes, como e por que algumas assimilações são plausíveis e outras não” (Frederick Schauer, *Precedent*, *Stanford Law Review*, v. 39, 1987, p. 577).

Isso não quer dizer que, dessa forma, está a se aceitar a ideia de que determinados textos têm valor em si ou independem de normas jurídicas, deles extraídas pelo intérprete. Ainda que um texto não comporte dúvida interpretativa, ele sempre oportuniza interpretação, já que o texto, enquanto enunciado das fontes, nunca se confunde com o discurso daquele que o analisa. O texto legal adquire outro valor, ou seja, valor de norma jurídica, quando pronunciado pelo intérprete.

Lembre-se que o argumento do “open texture” dos textos legislativos, desenvolvido por Hart⁵⁴, de que decorrem as ideias de zona de luz e de zona de penumbra, permitiu-lhe a conclusão de que o enunciado que está na zona de luz, ao contrário daquele que está na zona de penumbra, constitui uma norma que é pré-definida, que, assim, pode ser simplesmente descrita. O propósito de tal argumento foi o de demonstrar a validade da teoria normativista. Entretanto, aqui não interessa distinguir zona de luz e zona de penumbra para afirmar a existência de uma norma que antecede a interpretação. Na verdade, aqui não se aceita a ideia de que a norma é pré-definida.

Não é preciso negar que ter em conta um texto legal implica necessariamente atribuir-lhe significado, pouco importando a sua suposta clareza

ou dubiedade, para admitir que determinados textos resultam em normas sobre as quais não paira discussão no comum dos casos⁵⁵. Frise-se que não se está a admitir norma engastada no texto, mas se está a falar de aceitação da interpretação ou da norma que deriva do texto pelas pessoas que cotidianamente estão com ele envolvidas. Trata-se, em outras palavras, do que se pode denominar de uma norma “*dotada de aceitabilidade*” ou de uma “*situação de consenso*” a respeito da norma.

É necessário admitir a rescindibilidade de decisão que nega interpretação ou norma jurídica racionalmente “*aceita*” por aqueles que estão envolvidos com o texto legal ou sobre a qual há consenso. Nessas situações, em que a norma jurídica é “*dotada de aceitabilidade*”, certamente cabe a rescindibilidade da decisão com base em “*violação manifesta a norma jurídica*”, nos termos do inciso V do art. 966. Perceba-se que isso não redundaria na admissão de violação de disposição de lei, como se a norma nela estivesse encartada. A violação é de norma jurídica que, a despeito de não afirmada por Corte Suprema ou por decisão investida de particular autoridade, é “*dotada de aceitabilidade*”.

⁵⁴ Herbert Hart, *The concept of Law*, cit., p. 86 e ss.

⁵⁵ Significa que não se nega que “una disposizione è chiara, in relazione a un qualche problema da risolvere e a un qualche caso concreto da disciplinare, soltanto *dopo* averla interpretata” (Pierluigi Chiassoni, *Tecnica dell’interpretazione giuridica*, cit., p. 62).